

# Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im Strafverfahren

## A. Die Karriere eines Begriffs

*Ein Gespenst geht um in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in den Urteilsgründen von Strafsenaten des Bundesgerichtshofs, in einer besorgten bis entsetzten Strafprozessrechtsliteratur und mittlerweile sicherlich auch in vielen Hör- und Gerichtssälen: das »Gebot bestmöglicher Sachaufklärung«, zu dessen Einhaltung die höchsten Gerichte einander zunehmend ermuntern (...). Ist die Aufregung berechtigt, oder ist der Begriff so harmlos, wie er klingt? Verfolgt man seine kurze Karriere, so findet man Hinweise auf beide Deutungen.*

Nein, so beginnt dieser Text dann doch nicht. Genauer gesagt: So beginnt mein Text nicht. Das ist – jedenfalls in etwa – der Beginn eines der zentralen Aufsätze im strafprozessualen Œuvre von *Winfried Hassemer*.<sup>1</sup> Ich habe nur dort, wo Hassemer im Original über die »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« geschrieben hat, den Gegenstand dieses Beitrags – das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung – eingesetzt und den Originaltext im Übrigen im Wesentlichen unangetastet gelassen. Die hierdurch inhaltlich variierte Aussage dürfte auf Widerspruch stoßen. Der Topos Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, den *Hassemer* seinerzeit überzeugend kritisierte, hat sich, um es zurückhaltend auszudrücken, auch später und nicht nur auf Strafverteidigertagen keinen rundweg untadeligen Ruf zu erwerben vermocht.<sup>2</sup> Demgegenüber dürfte ein Gebot bestmöglicher Sachaufklärung prima facie auch in Verteidigerkreisen breite Zustimmung erheischen, solange und soweit, bekanntlich ebenfalls eine ursprünglich hessische Erfindung, nicht der

\* Referat für die AG 1 des 38. Strafverteidigertages in Dresden am 22.03.2014 (siehe dazu bereits die Dokumentation der Ergebnisse in StV 2014, 441). Das Manuskript ist eine erweiterte Fassung der Vorabveröffentlichung in GA 2014, 588-601. – *Verf.* ist Leiter der Forschungsstelle für Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS) der Goethe-Universität und im zweiten Hauptamt Richter am Oberlandesgericht Frankfurt (1. Strafsenat).

1 Zusf. zum Diskussionsstand *Lindemann*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk*, Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht, 2013, S. 279 ff.; *Dallmeyer* HRRS 2009, 429 (433); *meine* ablehnende Position ist dargelegt in »Konfliktverteidigung« und Inquisitionsmaxime, 1998, S. 189-198. A.A. *Landau* NSZ 2007, 121; sein Standpunkt wird unten unter B.II.1.b.bb. analysiert.

Anspruch *brutalstmöglicher* Aufklärung mitschwingt. Dessen ungeachtet werde ich nachfolgend nicht nur die noch vergleichsweise kurze und trotzdem verwickelte Dogmengeschichte des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung nachzeichnen, sondern auch einige Ambivalenzen einer im strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Schrifttum bislang noch nicht ausführlicher gewürdigten Rechtsfigur ansprechen. Sie haben – im strengen Wortsinne – entscheidend mit *Hassemer* zu tun. Just in die Zeit seiner Karlsruher DERNATSHOHEIT über das Strafprozessrecht der Hauptverhandlung fällt der für die Praxis der Strafverteidigung in Revisionsachen entscheidende Karriereschritt des Gegenstandes.<sup>3</sup> Doch der Reihe nach.

## B. Inhalt und Reichweite eines Verfassungsgebots für das Strafrecht

Das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung ist heute auf der Grundlage der einschlägigen Leitentscheidungen des BVerfG in zwei ganz unterschiedlichen Zusammenhängen etabliert. Sie sind zunächst voneinander abzuschichten. Das ist schon deshalb notwendig, weil die den Strafverteidigertag 2014 beschäftigende Thematik des »Bedeutungsverlustes der Hauptverhandlung« einen Teil des Inhalts des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung allenfalls am Rande betrifft.

### I. Grundrechtsschutz durch Verfahren – das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung bei Prognoseentscheidungen

Der erste große Bereich, der zur inhaltlichen Abgrenzung zumindest erwähnt werden muss, sind die durch das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung (mit-) gesteuerten Prognoseentscheidungen im materiellen Straf- und Strafprozessrecht. Es geht hier um Grundrechtsschutz durch Verfahren. Insoweit sind wiederum drei rechtliche Kontexte zu unterscheiden:

#### 1. *Strafvollstreckung*

So existiert zunächst ein von der Karlsruher Rechtsprechung formuliertes Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im Bereich des Strafvollstreckungsrechts. Im Rahmen unbefristet wirkenden Freiheitsentzuges ist ihm für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die Handlungsanweisung zu entnehmen, einen erfahrenen Sachverständigen zu Rate zu ziehen, der die richterlichen Prognoseentscheidungen durch ein hinreichend substantiiertes und zeitnahes Gutachten vorbereitet.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Unten B.II.2.a.

<sup>4</sup> BVerfGE 117, 71 (105) m. Anm. *Kinzig* JR 2007, 165; zusf. SK-StGB/*Schall*, Stand: 140. Lfg. 8/2013, § 57 Rn 37; NK-StGB/*Dinkel*, 4. Aufl. 2013, § 57 Rn 39; AnwK-StGB/*Trüg*, 2011, § 57 Rn 57.

## 2. Maßregeln der Besserung und Sicherung

Geht es um Prognosen im Maßregelrecht, bei denen geistige und seelische Anomalien in Frage stehen, besteht ebenfalls in der Regel von Verfassungs wegen die Pflicht, einen erfahrenen Sachverständigen hinzuzuziehen.<sup>5</sup> Übrigens findet sich schon in der ersten Leitentscheidung des BVerfG zu diesem Teil des Sanktionenrechts aus dem Jahr 1985 eine wichtige Erweiterung des Anwendungsbereiches des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung. Es ist grundsätzlich einschlägig in allen Verfahrensordnungen, die eine richterliche Aufklärungspflicht kennen – auch solchen, die nach den Grundsätzen des Freibeweises organisiert sind.<sup>6</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung hat das u.a. bis in die jüngste Zeit hinein verwaltungsrechtliche<sup>7</sup> und selbst arbeitsgerichtliche<sup>8</sup> Entscheidungen inhaltlich beeinflusst. Sie haben ausdrücklich das im strafrechtlichen Zusammenhang geprägte Gebot bestmöglicher Sachaufklärung rezipiert und für ihre bereichsspezifischen Zwecke genutzt.

## 3. Anordnung der DNA-Identitätsfeststellung nach § 81g StPO

Der dritte große Block, das hat eine BVerfG-Kammer bereits vor weit mehr als einem Jahrzehnt ausgesprochen,<sup>9</sup> ist das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im Zusammenhang von Prognoseentscheidungen nach § 81g StPO bei der DNA-Identitätsfeststellung. Sie verlangen eine ins Einzelne gehende Würdigung der Persönlichkeit des Grundrechtsträgers, um nachvollziehbar darzutun, warum noch Grund zu der Annahme bestehen soll, dass gegen ihn künftig erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sein werden. Dazu kann es, gerade um dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung Genüge zu tun, angezeigt sein, den Inhalt des gegen den Verurteilten ergangenen Urteils und eventuell im Zuge des Strafverfahrens bekannt gewordene weitere Erkenntnisse hinsichtlich seiner Person in die prognostischen Erwägungen einzustellen.

5 BVerfGE 70, 297 (309) m. Anm. Müller-Dietz JR 1987, 45 = StV 1986, 160; i.d.S. auch das nachfolgende Urteil zur Verfassungsmäßigkeit der Streichung der zehnjährigen Höchstgrenze bei einer erstmalig angeordneten Sicherungsverwahrung in BVerfGE 109, 133 (162) = StV 2004, 267 (Ls); zu weiteren Entwicklung zuseh. Höfler StV 2014, 168 f. Gesetzlicher Ausdruck des Gebotes ist u.a. § 463 IV StPO (vgl. KMR-StPO/Stöckel, Stand: 66. EL 5/2013, § 463 Rn 18; SK-StPO/Paeffgen, 4. Aufl. 2013, § 463 Rn 9b).

6 BVerfGE 70, 297 (309): »Auch in denjenigen Verfahren, die dem sog. Freibeweis unterliegen, gilt die richterliche Aufklärungspflicht [...]; sie wird auch als ‚Gebot bestmöglicher Sachaufklärung‘ verstanden«.

7 Vgl. – zur Unwirksamkeit einer Sperrerklärung für die audiovisuelle Vernehmung einer polizeilichen VP – VGH Kassel NJW 2014, 240 (241 Tz. 19); dazu umfassend Wohlers StV 2014, 563 (564 ff.).

8 BAG NZA 2012, 691 (693 Tz. 16): »Auch die auf Grund Freibeweises getroffenen Entscheidungen unterliegen dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung«.

9 BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats, StV 2001, 378 (381); zuseh. Fluck NJW 2001, 2292 (2294).

#### 4. Zwischenfazit zu den hauptverhandlungsfremden Bedeutungskontexten des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung

Für Prognoseentscheidungen im Straf- und Strafprozessrecht wirkt das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung generell – und weitestgehend unstrittig – als einzelfallbezogenes Korrektiv defizitärer fachgerichtlicher Aufklärungsbemühungen. Es ist damit Ausdruck des Grundrechtsschutzes durch Verfahren. Die verfassungsgerichtliche Begründung liegt in der freiheitssichernden Bedeutung von Art. 2 II 2 GG und Art. 104 I und II GG. Vor diesem Hintergrund rückt der Kern des Themas in den Blick: die Bedeutung des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung für das strafprozessuale Beweisrecht der Hauptverhandlung.

### II. Grundrechtsschutz im (Haupt-)Verfahren – das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im strafprozessualen Beweisrecht

#### 1. Bedeutung für die strafprozessuale Gesetzgebung: Das Optimierungsgebot

##### a) Schwache Formulierung (Phase von 1981-2013)

Auch beim Grundrechtsschutz im (Haupt-)Verfahren müssen wiederum<sup>10</sup> zwei große inhaltliche Komplexe unterschieden werden, hier allerdings längs der Begriffspaare abstrakt-generell und konkret-individuell. Zunächst geht es um den Bereich der Rechtspolitik. Er wird geprägt durch das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung in seiner Funktion für die Gesetzgebung zum Beweisrecht der §§ 243 bis 257c StPO. Hier wirkt es als ein bloßes Optimierungsgebot. Die Rechtsprechung des BVerfG hat es aus dem Prinzip eines fairen Verfahrens hergeleitet – und zwar in der historischen Entwicklung zunächst in einer abgeschwächten Formulierung. Das sollte der Stand der Dinge bis zum Jahr 2013 bleiben.

##### aa) Die Leitentscheidung BVerfGE 57, 250

Den Topos »Gebot bestmöglicher Sachaufklärung« findet man in der Karlsruher Rechtsprechung zum ersten Mal in der Leitentscheidung des 2. Senats des BVerfG aus dem Mai 1981<sup>11</sup> ausformuliert. Es ging um ein Staatsschutzverfahren, zeit- und umstandsbedingt in der Phase des Kalten Krieges. Ein Zeuge aus dem Umfeld des damals noch existierenden Ministeriums für Staatssicherheit der DDR befand sich in Obhut des bundesdeutschen Bundesnachrichtendienstes. Der Überläufer sollte nun vor dem BayObLG in

<sup>10</sup> Oben B.I.

<sup>11</sup> 11 Beschl. v. 25.5.1981 – 2 BvR 215/81 = BVerfGE 57, 250 = StV 1981, 381 m. Anm. *Holtfort* DuR 1981, 198 und *Kotz* StV 1981, 591 (594). In der Anmerkung von *Kotz* findet sich auch die zwischenzeitliche Entwicklung eindrucksvoll dementierte Aussage, die Entscheidungsgründe zur Frage der Verwertung mittelbarer Beweismittel enthielten »keine neuen dogmatischen Erkenntnisse«. *Zusf. zum heutigen Stand SSW-StPO/Kudlich/Schuh*, 2014, § 250 Rn 19.

der Hauptverhandlung vernommen werden. Der persönlichen Vernehmung wurde, was Tat- und Revisionsgericht<sup>12</sup> akzeptierten, § 251 II StPO a.F. in der Formulierung entgegengehalten, die noch bis zum StVÄG 1987 in Kraft bleiben sollte.<sup>13</sup> Der Zeuge sei, so die Fachgerichte weiter, bei dieser Gefährdungslage tatsächlich im Gesetzesinne unerreichbar. Somit dürfe das nichtrichterliche Vernehmungsprotokoll verlesen werden – mit allen misslichen Konsequenzen für Verteidigung und Konfrontationsrecht.<sup>14</sup> Der 2. Senat des BVerfG<sup>15</sup> hat in diesem Zusammenhang zur Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 251 II StPO a.F. ausgesprochen, dass diese Regelung vor dem Hintergrund der gerichtlichen Aufklärungspflicht interpretiert werden müsse. Nach § 244 II StPO ist das Gericht bekanntlich von Amts wegen verpflichtet, die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen- und Beweismittel zu erstrecken, soweit sie für die Entscheidung von Bedeutung sind. Daraus leitet der Senat lakonisch ab:

»Dieser Grundsatz schließt es ein, daß das Gericht sich um den bestmöglichen Beweis zu bemühen hat.«

Zwar sei das zentrale Anliegen des Strafprozesses die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne die das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden könne. Doch welche Anforderungen sich daraus im konkreten Einzelfall ergäben,

»kann nicht in zeitlos gültiger Weise beantwortet werden, sondern hängt nicht zuletzt von dem Typus und der Struktur des Strafprozesses ab, für den sich der Gesetzgeber entschieden hat« .<sup>16</sup>

Konsequenterweise wurde die Verfassungsbeschwerde verworfen.

## bb) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der 57. Band und die ihm folgende Rechtsprechung bis zum Jahre 2013 ein zeit- und kontextgebundenes, den StPO-Gesetzgeber nur schwach bindendes Optimierungsgebot kreierte hatten. Verfassungsrechtlich ist dieses Gebot keineswegs mit dem Inhalt gewährleistet, dass die Prozessordnung die Strafverfolgungsbehörden verpflichten würde, jedes erreichbare Beweismittel auszuschöpfen. Dem Gesetzgeber werden, ganz im Gegenteil, weite Einschätzungsprärogative zugestanden.

12 BGH NSTz 1981, 270 m. Anm. Fröhlich.

13 Die hier anwendbare alte Fassung des § 251 II StPO v. 7.1.1975 lautete auszugsweise: »Ist ein Zeuge [...] verstorben oder kann er aus einem anderen Grund in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden, so dürfen auch Niederschriften über eine andere Vernehmung [...] verlesen werden.«

14 Zu dem vom Senat vorgeschlagenen Ausgleich durch die »besonders vorsichtige« Beweiswürdigung bei gesperrten Beweismitteln umfassend krit. Wohlers StV 2014, 563 (566 ff.).

15 BVerfGE 57, 250 (276 f.) = StV 1981, 381.

16 BVerfGE 57, 250 (275) = StV 1981, 381. Die beschränkenden Topoi sind zahlreich; sie werden (mit Bezug auf das Beweisanzugsrecht) zusammengestellt bei Jahn FS Hassemer, 2010, S. 1029 (1039 f.).

Dies kann man gut am Strafbefehlsverfahren demonstrieren.<sup>17</sup> Hier erlässt das Gericht auf der Grundlage hinreichenden Tatverdachts (vgl. § 408 II 1 StPO) mit dem Strafbefehl einen Urteilsvorschlag unter Antizipation möglicher Zustimmung des Beschuldigten. Verzichtet jener auf einen Einspruch, liegt darin seine konkludente Zustimmung. Das BVerfG<sup>18</sup> hat mit Blick auf die Regelungen der §§ 408 II und 411 StPO das Strafbefehlsverfahren für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt, auch wenn es »seiner Natur nach mit Unzulänglichkeiten behaftet« sei, weil »unzureichende Ermittlungen zu einem der wahren Sachlage nicht gerecht werdenden Strafbefehl führen« könnten. Die Vorschrift des § 408 StPO gebe dem Amtsrichter nämlich die Möglichkeit an die Hand, bei Bedenken gegen den Strafbefehlsantrag in einer Hauptverhandlung zu entscheiden; § 411 StPO verbürge das rechtliche Gehör des Angeklagten durch Zulassung des Einspruchs mit anschließender Hauptverhandlung. Deshalb folgert das BVerfG:

»Das Strafbefehlsverfahren ist, wie auch andere summarische Verfahren, mit dem Gedanken des Rechtsstaats nicht schon an sich unvereinbar.«

Pro futuro wird der Gesetzgeber zusätzlich ausdrücklich mit der Befugnis ausgestattet, neue verfahrensprägende Systementscheidungen zu treffen. Das ist für die in der 18. Wahlperiode in der jüngsten Entwicklung wieder aktuell gewordene Frage der Rahmenbedingungen einer breiter angelegten Strafprozessreform von erheblicher rechtspolitischer Bedeutung, gerade weil die rechtliche Bindung aus der Verfassung nach der seit 1981 praktizierten Karlsruher Lesart schwach war.

b) Starke Formulierung des Optimierungsgebots im Verständigungsurteil BVerfGE 133, 168 (Phase ab 2013)

Das bleibt der Stand der Karlsruher Rechtsprechung bis zum Urteil zur Verfassungsmäßigkeit des Verständigungsgesetzes vom 19.3.2013.<sup>19</sup> Dann ändert sich die Fassung hin zu einem mit Inhalten aufgeladenen, starken Optimierungsgebot. Dadurch wird die Forderung nach bestmöglicher Sachaufklärung gewissermaßen radikalisiert, und zwar gleich in zwei Hinsichten. Aus dem bisher etablierten bloßen Gebot wird im Verständigungsurteil eine kategorisch formulierte Pflicht zur bestmöglichen Sachaufklärung. Zugleich ändert sich der Bezugspunkt dieser Pflicht. Es ist nicht mehr nur die bestmögliche Sachaufklärung, sondern die Erforschung der materiellen Wahrheit.

17 Siehe zum Nachfolgenden bereits die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr.

41/2012 zu den Verfassungsbeschwerden mittelbar gegen § 257c StPO (Berichterstatter: *Ignor/Schlothauer/Jahn/Bracher*), August 2012, S. 14 f., [www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/august/stellungnahme-der-brak-2012-41.pdf](http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/august/stellungnahme-der-brak-2012-41.pdf)

18 St. Rspr. seit BVerfGE 3, 248 (253); dort finden sich auch die beiden Zitate im nachfolgenden Text.  
19 BVerfGE 133, 168 (200 ff.) = StV 2013, 353 (359 ff.) Tz. 59, 102, 104, 129); für einen ersten Überblick *Jahn* JuS 2013, 658.

Das sei, so das Urteil weiter, unerlässliche Voraussetzung zur Verwirklichung des Schuldprinzips und stehe deshalb auch nicht zur Disposition des Gesetzgebers.

#### aa) Methodische Defizite des Urteils vom 19.3.2013

Bei beiden Weichenstellungen bleibt allerdings in den Gründen des Urteils unerklärt, warum und unter welchen weiteren Voraussetzungen aus dem überlieferten Optimierungsgebot, das auf eine mehr als drei Jahrzehnte währende Geschichte zurückblicken konnte, nunmehr eine unbedingte Pflicht werden konnte. Und es bleibt ebenso offen, warum Sachaufklärung und Erforschung der materiellen Wahrheit nunmehr in eins gesetzt werden dürfen oder aus verfassungsrechtlichen Gründen gar in eins gesetzt werden müssten. Das ist, *pars pro toto*, eine methodische Kritik, die sich das Urteil im Ganzen gefallen lassen muss.

*Michael Tsambikakis* spitzt dies dahin zu, dass die Entscheidung im dogmatischen Nucleus dem Satz vertraue, eine gute Behauptung ist besser als eine schlechte Begründung.<sup>20</sup> Das passt schwerlich zu dem Aplomb, mit dem die mündliche Urteilsbegründung eingeleitet wurde:

»Die [...] grundsätzliche Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der einschlägigen gesetzlichen Regelungen zum sog. Deal im Strafprozess, die im Jahre 2009 durch das sog. Verständigungsgesetz in die Strafprozessordnung eingefügt wurden, zwang den Senat [...] zur Auseinandersetzung mit den Grundpfeilern unserer gesamten Strafrechtsordnung.«<sup>21</sup>

Zur Einlösung dieses selbstgesteckten hohen Anspruchs wählt der Senat leider eine kaum adäquate Begründungstiefe. Zudem mag das Ausbleiben abweichender Voten an zentralen Weichenstellungen um den Preis der Kohärenz der schriftlichen Urteilsgründe erkauft worden sein; sie sind jedenfalls nicht aus einem Guss.<sup>22</sup> Das könnte auch einige der revisionsverfahrensrechtlich fremdelnden<sup>23</sup> Erwägungen des BVerfG erklären, die teilweise einfachrechtlich übergriff<sup>24</sup> und auch in der Sache nicht immer schlüssig sind.<sup>25</sup> Auch in puncto Pflicht zur Aufklärung der materiellen Wahrheit

20 *Tsambikakis* ZWH 2013, 209 (210).

21 *Voßkuhle*, Einführung zur Urteilsverkündung in Sachen »Absprachen im Strafprozess« am 19.3.2013 (nichtamtlicher Presstext), S. 1.

22 So auch *Feszer* HRRS 2013, 117; *Kudlich* NStZ 2013 379 (382).

23 BGH NStZ 2013, 722 Tz. 5, in Aufnahme feinsinniger *Feszer*'scher Formulierungskunst (vgl. Fn 22).

24 Siehe BGH NStZ 2014, 284 Tz. 16 m. Anm. *Kudlich*. Zu fehlenden rechtlichen Bindungswirkung mit Blick auf BVerfGE 133, 168 (236 Tz. 122) im Ganzen bereits *Jahn* NStZ 2014, 170 (171); *Hartmut Schneider* NStZ 2014, 193 m.w.N. in Fn 6.

25 So ausdrücklich BGHSt 58, 315 (317 Tz. 9) = StV 2013, 678; *Sander* in: Rechtsprechung in Strafsachen zwischen Praxis und Theorie – zwei Seiten einer Medaille (4. Karlsruher Strafrechtsdialog)?, 2013, S. 53 (57 und passim); *Jahn* NStZ 2014, 170.

klafft zwischen dem Anspruch des Senats und der verfassungsrechtlichen Lage eine kaum übersehbare Begründungslücke.

bb) Verfassungspflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit (Herbert Landau)?

Im Zuge der Beantwortung der Frage, ob diese Lücke nicht aus anderen Quellen schließbar sein könnte, richtet sich der Blick auf drei wissenschaftliche Beiträge von *Herbert Landau*, der das BVerfG-Urteil bekanntlich in der prägenden Rolle des Berichterstatters verantwortet. Substantielle Überlegungen zu den beiden inmitten stehenden Themen – wie wird aus dem Gebot eine Pflicht und wie wird aus Sachaufklärung materielle Wahrheit – findet man tatsächlich in einem im Wortsinne wegweisenden Aufsatz mit dem die strafprozessualen Inhalte leider etwas verdunkelnden Titel »Strafrecht nach Lissabon«.<sup>26</sup> Erst dort, nicht aber im Senatsurteil vom 19.3.2013, wird »der untrennbare Zusammenhang von materiellem Schuldprinzip und der Pflicht des hoheitlich tätig werdenden Staates zur Erforschung der objektiven Wahrheit« immerhin explizit behauptet. Dem liegt, was ohne Weiteres zuzugestehen ist, eine sicher auch heute noch herrschende Meinung in der Strafprozessrechtswissenschaft zugrunde, die dem klassisch-korrespondenztheoretischen Wahrheitsbegriff anhängt. Das Strafverfahren ist in dieser Sicht im Ganzen dazu bestimmt, die materielle Wahrheit zu »finden«; an diesem Dreh- und Angelpunkt sieht man die gesamte Prozessordnung aufgehängt. Klug<sup>27</sup> hat dies vor fast einem halben Jahrhundert mit einer in ihrer ganzen pleonastischen Hilflosigkeit vielsagenden Aufgabenbeschreibung so auf den Begriff gebracht: Der Prozess diene der »Erforschung der wirklichen Wahrheit« – als ob daneben eine unwirkliche Wahrheit existierte. Bestätigend zu dieser (nota bene: meiner) Interpretation seiner grundsätzlicher angelegten Ausführungen zum Verfahrensziel schreibt *Landau* weiter,<sup>28</sup> im Kern sei ein prozessuales Wahrheitsverständnis »wohl nicht mit dem Schuldprinzip und dem dahinter liegenden Konzept personaler Freiheit kompatibel«.

Dieses Konzept wird allerdings nicht entfaltet, so dass eine ins Einzelne gehende Kritik schwer fällt. Die beigegebene, wissenschaftlich redliche Einschränkung (»wohl«) gerät dann im Urteil vom 19.3.2013 wohl aus praktischen Gründen kommentarlos in Wegfall. Denn das Schuldprinzip wird für die Urteilsverfasser zum notwendigen verfassungsprozessualen Instrument, um das Verständigungsgesetz aufbohren zu können. Und statt über die grundsätzliche Frage, ob ein Freiheitsbegriff nicht auch auf Basis diskursethischer Vor-

<sup>26</sup> *Landau* NStZ 2011, 537 (540); siehe aber auch schon *dens.* ZRP 2004, 146 (149).

<sup>27</sup> *Klug*, Referat auf dem 46. Deutschen Juristentag, 1967, F 35.

<sup>28</sup> *Landau* NStZ 2011, 537 (540).

stellungen vom Verfahren durchzuhalten ist, lange zu streiten, versucht das Verständigungsurteil den rechtsstaatlichen Bedenken gegen ein konsensuales Verfahrensprinzip zu begegnen, indem es die Unantastbarkeit der Amtsaufklärungspflicht schlankweg behauptet, obwohl eine jahrzehntelange Praxis das Gegenteil indiziert.<sup>29</sup>

Und hier schließt sich nun der Kreis, den die diesen Beitrag eröffnende<sup>30</sup> Bezugnahme auf die grundlegende *Hassemer-Landau*-Kontroverse geöffnet hat: Nach den jüngsten einschlägigen wissenschaftlichen Äußerungen von *Herbert Landau* tragen »Schuldprinzip und Wahrheitserforschungspflicht [...] dem Aspekt der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege Rechnung, die Verfassungsrang hat.«<sup>31</sup> Doch wie legitimiert sich die verfassungsrechtliche Hochzoning der materiellen Wahrheitserforschungspflicht im Strafprozess? Und wie geht das zusammen mit dem augenfälligen Umstand, dass die StPO vorkonstitutionell ist und in den ersten siebenzig Jahren ihrer Geltung, zwischen 1879 und 1949, so noch niemand hat denken können, weil die entsprechenden Regelungen des Grundgesetzes noch gar nicht existierten? Man muss beide Fragen nur leicht umformulieren, um sie anschlussfähig für die grundsätzliche Diskussion um das Karlsruher Verständigungsurteil zu machen: Verstößt ein forensischer oder sogar konsensualer Wahrheitsbegriff im Strafverfahren wirklich gegen den Schuldgrundsatz und damit gegen Art. 20 III GG einschließlich der Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG?

cc) Zur verfassungsrechtlichen Legitimität eines forensischen oder konsensualen Wahrheitsbegriffes im Strafverfahren

Die erste denkbare Antwort geben neben *Herbert Landau* diejenigen Autoren, die den Gedankengang im dogmatischen Kern des Karlsruher Urteils vom 19.3.2013 wissenschaftlich mit vorbereitet haben.<sup>32</sup> Sie lautet: Ein forensischer oder gar konsensualer Wahrheitsbegriff ist mit dem materiellen Schuldprinzip nicht vereinbar. Wir müssen also, ganz im Sinne von *Klug*, im Strafprozess die wirkliche Wahrheit erforschen, weil ansonsten kein wahrer Sachverhalt festgestellt und schlussendlich keine schuldangemessene Strafe ausgeworfen werden könne.

29 Erneut (Fn 20) zutr. *Tsambikakis* ZWH 2013, 209 (212).

30 Oben A.

31 *Landau* NStZ 2013, 194 (196) – *Hervorh. v. Verf.*

32 Insbesondere *Radtke* GA 2012, 187 (189), der in dem grundlegenden Beitrag von *Landau* (oben Fn 26) vielfach adressiert wird; siehe dazu auch die kontroversen Beiträge von *dem.* einerseits und *Jahn* andererseits, in: Goldenstein, Mehr Gerechtigkeit – Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren, Loccumer Protokolle 09/11, S. 117 ff. und S. 131 ff.

Der – von mir geteilte – Gegenstandspunkt wird u.a. im Gutachten von *Hans Kudlich* für den 68. Deutschen Juristentag und von der Bundesrechtsanwaltskammer im Verfassungsbeschwerdeverfahren zum Verständigungsgesetz angenommen.<sup>33</sup> Danach geht es jedenfalls nicht um ein Verfassungsproblem. Dem Grundgesetz ist gerade keine Entscheidung für oder gegen einen bestimmten strafprozessualen Wahrheitsbegriff zu entnehmen. Das ist vielmehr allein eine Frage des einfachen Rechts – wo man in der Tat zu gewärtigen hat, dass die herrschende Meinung in der heutigen Strafprozessrechtswissenschaft die materielle Wahrheit für das Substrat hält, das § 244 II StPO erwirtschaften soll. Aber dies ist, anders als bei der Anbindung an Art. 79 III GG, nicht in Stein gemeißelt. Es gliche vielmehr einer Fiktion und würde möglicherweise selbst die Kompetenz des Verfassungsgebers übersteigen, wenn man annähme, er habe mit seiner Vorstellung vom Rechtsstaat i.S.d. Art. 20 III GG implizit auf eine im Jahr 1949 bestehende communis opinio zum strafprozessualen Wahrheitsbegriff Bezug genommen.<sup>34</sup>

Das BVerfG – möglicherweise erneut in dem Bemühen, abweichende Voten zu vermeiden<sup>35</sup> – sucht den Kompromiss und sagt, die Verwirklichung eines im strikten *Landau*'schen Sinne materiell verstandenen Schuldprinzips werde durch das Verständigungsgesetz jedenfalls nicht strukturell gefährdet. Also ein vorläufiger »Freispruch auf Bewährung«<sup>36</sup> mit laufender Produktbeobachtungspflicht über eine – im Koalitionsvertrag von 2013 auch prompt umgesetzte<sup>37</sup> – Evaluationsklausel. Man wird sehen.

## 2. Bedeutung für die Rechtsanwendung:

Grundrechtsschutz im konkreten Strafverfahren durch ein einzelfallbezogenes Handlungsgebot für das Tatgericht?

Mit diesem Zwischenergebnis zurück zum Ausgangspunkt: das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung in der strafprozessualen Hauptverhandlung, jetzt in seiner zweiten Funktion als unmittelbar wirkende Direktive für die Handhabung der Beweisaufnahme im konkreten Einzelfall. Diese überraschende Karrierewende erlebt das Gebot erst im Jahre 2003, der Adoleszenz gerade

33 *Kudlich*, Gutachten C zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, C 57 ff.; *ders.* NStZ 2013, 379 (380); *Jahn*, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, C 24; *ders.* FS Kirchhof, 2013, § 128 Rn 25; *BRAK*, Stellungnahme (Fn 17). Zur daran anknüpfenden Kritik (u.a. mit dem Vorwurf der »Konsensromantik« und der Verwechslung von Konsens und Kapitulation) siehe nur *Kudlich* ZRP 2013, 162 Fn 6.

34 *BRAK*, Stellungnahme (Fn 17), S. 11 f.

35 Siehe bereits B.II.1.b.aa.

36 *St. König/Harrendorf* AnwBl. 2013, 321; zur »Zeitzunderfunktion« des Urteils auch *Beulke/Stoffer* JZ 2013, 662 (673 f.).

37 Koalitionsvertrag CDU/CSU/SPD für die 18. WP, S. 146 in Reaktion auf BVerfGE 133, 168 (235 f. Tz. 121).

entwachsen. Neben seiner bereits seit 1981 überlieferten Funktion als Optimierungsgebot für die Gesetzgebung<sup>38</sup> werden nun von Verfassungen wegen Anforderungen an tatrichterliche Aufklärungsbemühungen formuliert. Dies wird vom BVerfG jedoch weder problematisiert noch als tiefgreifende Änderung des Inhalts des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung in der nun zu analysierenden Entscheidung und der ihr nachfolgenden Rechtsprechung auch nur verbalisiert.

a) Die Inhalte der BVerfG-Kammerrechtsprechung zum Gebot bestmöglicher Sachaufklärung ab 2003

Die – fast schon – kopernikanische Wende kommt mit der Kammerentscheidung<sup>39</sup> des BVerfG aus dem April 2003. In einer von nobler Zurückhaltung geprägten Formulierung heißt es dazu, die 3. Kammer des 2. Senats habe »die bis dahin entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäbe zum Grundsatz des fairen Verfahrens auf die Beweiswürdigung zugespitzt«. <sup>40</sup>

Was war der Anlass? Der Prozessbevollmächtigte des Beschwerdeführers hat in seinem verfahrenseinleitenden Schriftsatz schon im Ausgangspunkt mit Recht betont, dass es sich um einen Fall »mit geradezu einzigartigen Verfahrensbesonderheiten« <sup>41</sup> handelte. Zugrunde lag ein verfassungsrechtlicher Angriff auf die tatrichterliche Beweiswürdigung in einer der forensisch seltenen Konstellationen real möglicher Alternativtäterschaft. Der Vorwurf der sexuellen Nötigung in Tateinheit mit Körperverletzung traf einen Beschuldigten, der die Tat von Anfang an bestritten hatte. Die Besonderheit lag darin, dass der Angeklagte einen Bruder hatte, der ihm nicht nur in Statur und sonstigen Merkmalen ähnlich sah, sondern wegen eines Sexualdelikts mit gleichem modus operandi bereits rechtskräftig verurteilt worden war. Das LG und das damals noch existierende BayObLG ließen sich dadurch jedoch nicht nachhaltig beeindrucken und verurteilten anlagegemäß. Im Wesentlichen ging es im nachfolgenden Verfassungsbeschwerdeverfahren um die Kombination dreier strafprozessual anspruchsvoller Problembereiche: Aussage gegen Aussage beim Sexualdelikt, wiederholtes Wiedererkennen nach Wahllichtbildvorlage und die Ablehnung von Beweisanträgen.

38 Oben B.II.1.a.

39 Beschl. v. 30.4.2003 – 2 BvR 2045/02 = BVerfGK 1, 145 (149) = StV 2003, 593 m. zust. Anm. *Herdegen* NJW 2003, 3513 und abl. Anm. *Böse* JR 2004, 40.

40 *Löffelmann*, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2011, Rn 404.

41 *Rainer Hamm*, von dem dieses Zitat stammt, war so liebenswürdig, mir eine anonymisierte Abschrift seiner Verfassungsbeschwerdeschrift v. 24.12.2002 zur Verfügung zu stellen und die Erlaubnis zum Abruck zu geben, dort Bl. 5.

Der Prüfungsmaßstab für die BVerfG-Kammer war, abstrakt gesehen, die Garantie eines fairen Verfahrens in der Situation einer möglicherweise defizitären Beweiswürdigung. Schon das war ein Novum, weil die Beweiswürdigung zuvor am Schloßplatz im hier interessierenden Zusammenhang nur über den weniger strengen Willkürmaßstab überprüft worden war. Die an Art. 3 I GG orientierte Kontrolle wurde nun in Richtung Freiheitsrecht (fair trial) hochgezont und gleichzeitig inhaltlich geschärft.

Das war verfassungsprozessual schon deshalb bemerkenswert, weil die Beschwerdeschrift das so gar nicht gerügt hatte. Explizit war im Wesentlichen zu einem Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG vorgetragen worden, weil das BayObLG nicht an den BGH vorgelegt hatte, obwohl es in seiner Revisionsentscheidung von den BGH-Anforderungen an die Beweiswürdigung bei »Aussage gegen Aussage« abgewichen sei und zudem eine eigene Beweiswürdigung durchgeführt habe, was dem Revisionsgericht bekanntlich versagt ist. Auszugsweise hieß es in der *Hamm*'schen Beschwerdeschrift (Bl. 3) zur

»Begründung:

Die Verfassungsbeschwerde ist auf die Verletzung des Beschwerdeführers in seinem Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) gestützt.

Der Strafsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts hat die gesetzlich vorgegebene Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Tatgericht und dem Revisionsgericht missachtet, indem er zum Zwecke der Begründung seiner die Revision des Beschwerdeführers gegen das Urteil des Landgerichts verwerfenden Entscheidung eine eigene Beweiswürdigung vorgenommen hat, obwohl nach der gesetzlichen Aufgabenverteilung zwischen Tatgerichten und Revisionsgerichten die Beweiswürdigung allein den Tatgerichten obliegt. Darüber hinaus hat das Bayerische Oberste Landesgericht gegen seine aus § 121 Abs. 2 GVG folgende Pflicht verstoßen, die Sache dem Bundesgerichtshof vorzulegen, als sich abzeichnete, dass beabsichtigt war, die Revision mit einer Begründung zu verwerfen, die den von den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätzen über die Begründungsanforderung eines tatrichterlichen Schuldspruchs in Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht, widerspricht.«

Hierüber behilft sich die BVerfG-Kammer mit der verfassungsprozessualen Figur der Begründetheitserstreckung hinweg, denn sie möchte ersichtlich in der Sache entscheiden können. Gemeint ist die selbst zugewiesene Befugnis des BVerfG, in zulässiger Weise gerügte Grundrechtsverstöße auch unter einem anderen Blickwinkel verfassungsrechtlich zu prüfen.<sup>42</sup>

Konkret wurde ein Verstoß gegen das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung mit etwas gedrechselter Formulierung dann angenommen, wenn sich der Tatrichter so weit von der Verpflichtung entferne, in Wahrung der Unschuldsvermutung bei dem Beschuldigten auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen sei und sie keine tragfähige Grundlage mehr für den Schuldspruch bilden könne.<sup>43</sup> Der BGH<sup>44</sup> hat das in einer späteren Entscheidung als das verfassungsrechtlich verankerte Gebot rational begründeter und tatsächengestützter Beweisführung zusammengefasst.

## b) Problemfelder der Kammerjudikatur ab 2003

Diese Imperative für tatrichterliche Aufklärungsbemühungen dürften Strafverteidigern zunächst einmal angenehm ins Ohr klingen. Sie eröffnen unter anderem die Option, Angriffe gegen die Beweiswürdigung nicht nur im Revisionsverfahren zu formulieren, sondern gegebenenfalls anschließend auch vor ein Verfassungsgericht zu tragen.

### aa) § 93c I 1 BVerfGG

Das sollte freilich den Blick darauf nicht trüben, dass die Kammer – erster Kritikpunkt – mit diesem Ausspruch zumindest hart an der Grenze des kompetenzrechtlich Zulässigen operiert. Nach § 93c I 1 BVerfGG müssen die Kammern sich bei Stattgaben innerhalb des Maßstabs halten, den die Senatsrechtsprechung vorgibt.<sup>45</sup> Nun wurde hier aber rekonstruiert,<sup>46</sup> dass in der Senatsrechtsprechung seit 1981 zum maßgeblichen Zeitpunkt der anstehenden Kammerentscheidung nur ein bloßes Optimierungsgebot an den Gesetzgeber existierte. Diesen Auftrag an das abstrakt-generelle Handeln der ersten Gewalt in einzelfallbezogene Anforderung an das konkret-individuelle Handeln der dritten Staatsgewalt umzumünzen steht einer Kammer schlecht an. Sie betritt damit, wie Böse zu BVerfGK 1, 145 zutreffend festgestellt hat,<sup>47</sup> Neuland – und ihr mangelt es auf ihrem Weg am Kompass der Senatsjudikatur. Das hat nicht nur formale Implikationen nach dem Gesetz über das

42 Zu dieser seit BVerfGE 1, 264 (271) zwar im Grundsatz ständigen, freilich in Fällen mit strafrechtlichem Bezug selten zum Tragen kommenden und inhaltlich schwankenden sowie in der Sache umstrittenen Rspr. Umbach/Clemens/Dollinger/Magen, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 92 Rn 30 ff.; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Hömig, BVerfGG, Stand: 42. Lfg. 2013, § 92 Rn 15 und Jahn, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge (Fn 40), Rn 333.

43 BVerfGK 1, 145 (152) = StV 2003, 593.

44 BGH NStZ 2009, 401 (402) Tz. 16 in fachgerichtlicher Interpretation des Inhalts von BVerfGK 1, 145.

45 Siehe allg. H. A Wolff/DVBl. 2014, 368; Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 4. Aufl. 2013, Rn 1001 ff.; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Graßhof (Fn 42), 93c Rn 8 f.; Jahn, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge (Fn 40), Rn 311.

46 Oben B.II.1.a.

47 Böse JR 2004, 40 (41).

Bundesverfassungsgericht. Die Autorität des BVerfG im Ganzen leidet, wenn in seiner Rechtsprechungspraxis auch wichtige strafprozessuale Problemstellungen im Wege der Kammerentscheidung erledigt werden. |<sup>48</sup>

bb) »Superrevisionsinstanz«

Der zweite Ansatzpunkt für Formalkritik erwächst aus der Analyse der aus dem Prinzip fairen Verfahrens hergeleiteten inhaltlichen Gebote an die Aufklärungsbemühungen und die Beweiswürdigung des Tatgerichts. In der praktischen Anwendung des Prüfungsmaßstabs handelt die BVerfG-Kammer zumindest in der praktischen Konsequenz vergleichbar einer strafprozessualen Superrevisionsinstanz. Das ist der alte Vorwurf an das Verfassungsgericht, zuweilen als oberstes Amtsgericht der Nation zu agieren. |<sup>49</sup> Diese Großdebatte mag hier auf sich beruhen, weil mit ihr keine spezifische Kritik gerade am Gebot bestmöglicher Sachaufklärung formuliert wird.

cc) Uneingelöstes strafprozessuales Rechtsschutzversprechen

Wichtiger sind die praktischen Folgefragen. In der Konsequenz war die Rechtsprechungswende mit BVerfGK 1, 145 zunächst eine großangelegte Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für die damals für das Zweite Buch des StPO zuständige Kammer. Denn die vorhersehbare Folge nach der Veröffentlichung der Entscheidung in den Fachzeitschriften war, dass eine erkleckliche Zahl der Prozessbevollmächtigten von Beschwerdeführern geglaubt haben, einen Verstoß gegen das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung fast schon formularmäßig als weiteren Posten rügen zu müssen. Angesichts des haftungsrechtlichen Grundsatzes des sichersten Weges lag das noch nicht einmal fern. |<sup>50</sup> Dies wirft ein Schlaglicht auf einen Mechanismus, in dessen Logik sich das Karlsruher Gericht in begrenztem Umfang ‚seine Fälle selbst schafft‘ |<sup>51</sup>. Freilich ist weder in der Karlsruher Ära der »Hassemiten« |<sup>52</sup> nach dem 30.4.2003 noch nach dem Übergang der wesentlichen Zuständigkeiten für das Recht der strafprozessualen Hauptverhandlung an *Herbert Landau* zum 26.2.2008 |<sup>53</sup> das Rechtsschutzversprechen, als das BVerfGK 1, 145 verstanden worden ist, eingelöst worden. *Löffelmann* |<sup>54</sup> bemerkt dazu, dass stattgebende Entscheidungen, die

48 Richtig *Mösl*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts (HbStR), 3. Aufl. 2010, § 179 Rn 51 a.E.

49 Vgl. nur *Sender* NJW 1995, 3291 (3293); zusf. aus strafrechtlicher Sicht *Jahn* NStZ 2007, 255 (256 f.).

50 Siehe dazu LR-StPO/*Lüderssen/Jahn*, 26. Aufl. 2007, Vor § 137 Rn 45 a.E.

51 *Jahn* FS Widmaier, 2008, S. 821 (827 f.) unter Hinweis auf BVerfGK 1, 145.

52 *Jahn* JZ 2010, 193; gemeint sind die wissenschaftlichen Mitarbeiter im Dezernat *Hassemer*, denen – das sei der guten Ordnung halber erwähnt – auch *Verf.* angehörte.

53 Ziff. I.1. des Geschäftsverteilungsbeschlusses des Zweiten Senats ab Dienstantritt des Vizepräsidenten *Voßkuhle*, [www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/geschaeftsverteilung\\_2008/s2-anlage-neu.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/geschaeftsverteilung_2008/s2-anlage-neu.html).

54 Vgl. *Löffelmann*, in: *Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge* (Fn 40), Rn 410. Siehe auch *Alsberg/Dallmeyer*, Der Beweis Antrag im Strafprozess, 6. Aufl. 2013, Rn 41 mit der zu Recht skeptischen Randnotiz, dass »die Realität zeigt, dass die (...) Emphase (eines Gebots bestmöglicher Sachaufklärung – d. *Verf.*) die Niederungen so manchen Strafprozesses nicht erreicht«.

mit dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung noch einmal ernst gemacht haben, »sehr selten« sind. Meine Durchsicht der (auch der bis 2005 selbst in juris unveröffentlichten) Kammerrechtsprechung hat keinen einzigen dokumentierten Fall erbracht, in dem das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung noch einmal einer Verfassungsbeschwerde zum Erfolg verholten hätte.

Einen Seitenblick lohnen zudem noch die praktischen Konsequenzen im zugrunde liegenden Fall. Im zweiten Durchgang vor der Ingolstädter Berufungskammer zeigte jene, wie *Rainer Hamm*<sup>55</sup> berichtet, wenig Neigung, in der Kritik des Verfassungsgerichts mehr als einen Appell zu sehen, nach dem Ende der Beweisaufnahme mit einer kunstfertig formulierten Entscheidung zu erneuter Verurteilung zu gelangen. So endete das Verfahren mit einer seltenen Absprache im Revisionsverfahren. Auf Antrag der Münchener Generalstaatsanwaltschaft und unter Mitwirkung des Revisionsssenats gelangte man gegen Beschränkung des Rechtsmittels auf den Rechtsfolgenausspruch über § 354 Ia 2 StPO zu einer ermäßigten Freiheitsstrafe.

### c) Weiterungen für weitere strafprozessuale Fragestellungen

Ungeachtet seiner fortgesetzten praktischen Wirkungslosigkeit im Bereich des Angriffs gegen die trichterliche Beweiswürdigung hat das BVerfG das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung auf weitere strafprozessuale Fragestellungen<sup>56</sup> ausgerollt – freilich auch dort weitgehend folgenlos. Ohne eine Annahme zur Entscheidung zu bewirken wurden Verstöße gegen das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung gerügt

- im Bereich des Fragerechts und der Beweisteilhabe der Verteidigung beim Einsatz von VP,<sup>57</sup>
- beim Konfrontationsrecht gegenüber Mitangeklagten<sup>58</sup> und
- bei der Bestimmung der Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts eines katholischen Gefängnisseelsorgers.<sup>59</sup>

Nichts anderes ergibt die Durchmusterung der einschlägigen BGH-Rechtsprechung

- zum Anspruch auf Nutzung des sachnächsten Beweismittels durch den Trichter bei der audiovisuellen Vernehmung eines Auslandszeugen,<sup>60</sup>

55 *Hamm* FS Dahs, 2005, S. 267 (275 ff.).

56 Etwas exotisch mutet die Erwägung im *Al Quaida*-Fall (BVerfGE 130, 1 [45] = StV 2012, 641 m. Anm. *Jahn* JuS 2012, 266) an, es sei für den Besonderen Teil des materiellen Strafrechts ein »möglicher Prüfungsansatz«, für die Frage, ob ein Verhalten zu Recht als konkludente Täuschung i.S.d. § 263 StGB bewertet worden sei.

57 BVerfGK 4, 72 (73) – Nichtannahmebeschl. zu BGH StV 2004, 241 m. Anm. *Wattenberg*.

58 BVerfGK 10, 125 (127 f.) – Nichtannahmebeschl.

59 BVerfGK 10, 216 (226 f.) – Nichtannahmebeschl. m. Anm. *Jahn* JuS 2007, 584.

60 BGHSt 46, 73 (79) = StV 2000, 346 – Revisionsverwerfung.

- zur Verlesung von Vernehmungsprotokollen als Verstoß gegen das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung<sup>61</sup> und
- bei den allgemeinen Anforderungen an die verfahrensbeendende Verständigung.<sup>62</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Paradigmatisch für die heutige Rechtsprechung ist eine tendenziell unreflektierte Verwendung des Topos »Gebot bestmöglicher Sachaufklärung« ohne Klarheit über die divergierenden Rechtsgrundlagen und Ursprungskontexte. Es wird, wie das Prinzip des fairen Verfahrens im Ganzen, im Einzelfall als grundrechtlicher Weichmacher für unbefriedigende oder jedenfalls als unbefriedigend empfundene Ergebnisse tatrichterlicher Entscheidungsfindung instrumentalisiert. Leitmotivisch für den Maßstab der revisionsgerichtlichen Kontrolle und der BVerfG-Kammerjudikatur zwischen 2003 und 2008 ist letztlich nur die Erwägung, das »kann man besser machen« oder sogar »das hätte ich [als Fach- bzw. Trichter] besser gemacht«.

Als abschließendes, diese Ergebnisse stützendes Beispiel kann ein Beschluss des OLG Düsseldorf dienen. Hier war einer Verfahrensrüge Erfolg beschieden, weil die Berufungskammer sich mit der Verlesung eines polizeilichen Vermerks begnügt hatte (§ 256 I Nr. 5 StPO), obwohl sich eine Videoaufzeichnung der als Ladendiebstahl verfolgten Handlung bei den Akten befand. Das war

»unter dem Gesichtspunkt der bestmöglichen Sachaufklärung ein ‚Glücksfall‘, denn sie [die Aufzeichnung – d. Verf.] ermöglicht es dem Richter, sich mit eigenen Augen – gleichsam als Augenzeuge – ein Bild vom Tathergang zu machen. Ein anschaulicheres Beweismittel ist kaum denkbar.«<sup>63</sup>

Fürwahr! Doch eines Abstellens auf das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung hätte es schon deshalb nicht bedurft, weil es – was der Senat auch durchaus erkennt<sup>64</sup> – bereits fern lag, den Augenschein eines Polizeibeamten vom Tathergang als Routinevorgang im Zuge von Ermittlungshandlungen i.S.d. § 256 I Nr. 5 StPO einzustufen und deshalb den Gebrauch eines ersetzenden Beweismittels überhaupt erst in Erwägung zu ziehen.<sup>65</sup> Und in der ausführlichen Zitatenkette, die das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung inhaltlich

61 BGHSt 51, 280 (282 Tz. 21 a.E.) = StV 2007, 567 – insoweit Teilverwerfung der Revision.

62 BGHSt (GrS) 50, 40 (48 f.) = StV 2005, 311 m. Anm. *Duttge/Schoop* StV 2005, 421.

63 OLG Düsseldorf StV 2007, 518 (519).

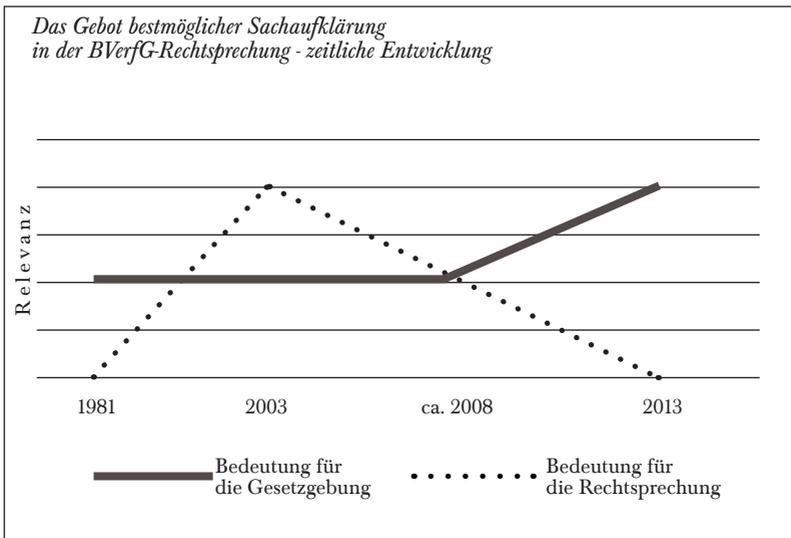
64 OLG Düsseldorf StV 2007, 518 (519); vgl. auch *Conen* StV-Editorial 5/2014, S. I.

65 Der neuerdings erweiternden Auslegung des Anwendungsbereichs der Vorschrift des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO auf Maßnahmen jenseits von Routinehandlungen durch OLG Celle NStZ 2014, 175 (176) und LG Berlin, Beschl. v. 19.2.2014 – (533) 254 Js 33/13 KLs (33/13) – juris, ist deshalb zu widersprechen.

legitimieren soll, findet sich ein buntes Sammelsurium von Nachweisen aus diversen strafrechtlichen Lebensbereichen, vom Maßregelrecht über die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafe bis hin zur audiovisuellen Vernehmung von Zeugen.<sup>66</sup> Was das mit dem zu entscheidenden Fall zu tun haben soll, bleibt unklar und unerklärt. Auch der Einwand aus der Binnenperspektive der Verteidigung, solche dogmatischen Erwägungen müssen zurücktreten, wenn doch der Revision auf dieser Grundlage ein (wenigstens vorläufiger) Erfolg beschieden sein könne, greift ersichtlich zu kurz. Denn das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung kann selbstverständlich auch auf die Aufklärungsrüge des Nebenklägers hin aktiviert werden.

### C. Gesamtzusammenfassung und Konsequenzen

Insgesamt ergibt sich für die zeitlichen Zusammenhänge für die Bedeutung des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung in Gesetzgebung und Rechtsprechung parvis damit folgendes Bild:



66 Letztmals OLG Düsseldorf StV 2007, 518 (519); »BVerfGE [...] 70, 297, 309 [betrifft das Maßregelrecht – d. Verf.]; BVerfG [...] NJW 2007, 1933 [Tz.] 102, 108 [betrifft die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafe – d. Verf.]; [...] BGHSt 46, 73 (79) [betrifft die audiovisuelle Zeugenvernehmung – d. Verf.]; [...]«.

Das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung ist strukturell ein verfassungsrechtlicher Zwischenbegriff mittlerer Abstraktion.<sup>67</sup> Es domiziliert damit zwischen dem geschriebenen Verfassungsinventar des Grundgesetztextes (Art. 20 III GG) und letztlich überpositiven Staatszielvorstellungen. Es enthält ein Optimierungsgebot für den StPO-Gesetzgeber und ist damit an die erste Gewalt adressiert. Die Legislative bekommt jedoch eine tendenziell weite Einschätzungsprärogative zugebilligt. Erst dann, wenn rechtsstaatlich unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewahrt sind, können aus dem Prinzip selbst konkrete Folgerungen für die Verfahrensgestaltung gezogen werden. Aber auch jene Folgerungen haben sich strikt im Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens zu halten.<sup>68</sup> Für die einzelfallbezogene Rechtsprechung zum fairen Strafverfahren in der Hauptverhandlung hat das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung trotz des weitgreifenden Bedeutungszuwachses mit BVerfGK 1, 145 im Jahr 2003 in der heutigen Praxis der zuständigen BVerfG-Kammer keine nennenswerte praktische Bedeutung mehr – aber das mag sich natürlich eines Tages wieder ändern.

67 So zuerst *Hill*, in: HbStR, 2. Aufl. 2001, § 156 Rn 32; siehe nunmehr *Mösl*, in: HbStR (Fn 48), § 179 Rn 7 a.E.

68 BVerfGE 86, 288 (318) = StV 1992, 470.